

9. Conclusões

A novidade do final deste século XX, que ora é objeto de comentários, é mais um passo do Direito brasileiro no rumo de uma previdência realmente equilibrada, desligada do assistencialismo, dentro dos ditames constitucionais. Embora não tão impactantes como o pioneirismo de Bismarck para o mundo, a Lei Eloy Chaves, a Lops, o Iapas e o INPS, para o Brasil, as medidas constitucionais e legislativas empreendidas nos últimos 6 anos não deixam de se apresentar como um novo marco nesta linha evolutiva dos sistemas de segurança social.

Nada obstante, algumas falhas prejudicam o fator previdenciário e são inaceitáveis, sendo de toda conveniência a sua extirpação para que se preserve o instrumento de política previdenciária na sua essência.

Da Recorribilidade no Processo de Justificação

Denise de Barros Faria*

Introdução

O tema a ser tratado insere-se no ramo de Direito Público, no que diz respeito ao Direito Processual Civil, especificamente ao Direito Recursal, uma vez que trata do cabimento de recursos no processo de justificação judicial. Na legislação, o tema encontra-se no Livro III, Capítulo II, Seção IX, do Código de Processo Civil, ou seja, no livro que trata dos processos cautelares, no Capítulo dos Procedimentos Cautelares Específicos, especialmente nos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil. A doutrina, seguindo a estrutura do Código de Processo Civil, embora não reconheça o procedimento de justificação como um processo cautelar, classificando-o como ação cautelar atípica, ou seja, ação não cautelar, apenas submetida ao procedimento cautelar, para fins didáticos, estuda-o junto com os processos cautelares.

O estudo foi proposto tendo em vista a atualidade do tema, com a formação dos entendimentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais e, também, levando-se em conta a importância prática do assunto, já que pode levar prejuízo à parte.

A monografia está dividida em dois capítulos – o primeiro fará menção à origem do processo de justificação, sua natureza jurídica, finalidade, à diferenciação entre a justificação e a produção antecipada de prova, à efetividade e à natureza

* Servidora de gabinete de desembargador federal do TRF-1ª Região e bacharel em Direito pelo Iesb.

jurídica da sua sentença.

O segundo capítulo, objeto central do estudo, trará em seu bojo a análise crítica da doutrina a respeito do cabimento de recursos no processo de justificação, as hipóteses de cabimento e alguns precedentes jurisprudenciais acerca da discussão referente ao que dispõe o art. 865 do Código de Processo Civil.

Por fim, serão apresentadas as conclusões a que se chegou com o estudo, bem como as referências bibliográficas.

1. Da justificação

1.1. Notícia histórica e legislação de regência

A origem do instituto da justificação reside no Direito Canônico, especialmente nas Decretais, de Gregório IX¹.

Posteriormente, em Portugal, nos reinados de D. Afonso III, D. Dinis e D. Afonso IV², determinou-se que procedessem às justificações de posses, no interesse público, uma vez que a exploração das terras estava na posse das ordens religiosas e estes reis procuraram facilitar as distribuições de terras³.

Buscando provas de identidade, o Regimento de 10 de dezembro de 1613 referia-se às justificações de herdeiros, defuntos e ausentes⁴. Já o Alvará de 12 de janeiro de 1619 falava em justificações com finalidade fiscal, como, por exemplo, a isenção de impostos sobre açúcar, dos engenhos novos, no Brasil.

O processo de justificação existe no Direito brasileiro desde as Ordenações Afonsinas⁵, mas foi a partir da Consolidação de Ribas que se distinguiram conceitualmente as justificações das ações de assecuração de provas⁶, que se confundiam anteriormente, embora tenha merecido críticas de Pontes de Miranda⁷. Assegurava Ribas⁸ que “os juízes municipais processavam e julgavam as simples justificações, produzidas para documento e sem caráter contencioso”.⁹ Advertia, entretanto, que “quanto, porém, às que forem meios regulares de processo para provas de fatos ou relações jurídicas, se consideram como causas, e a competência para elas se regulará pelo seu valor”. Pontes de Miranda demonstrou a imprecisão da distinção de Antônio Joaquim Ribas, uma vez que as simples justificações também eram para prova, embora “sem se pensar em processo em que fossem juntas”; já as outras, destinavam-se a fazer prova em processo.

Realmente, ambas referem-se às provas. Porém as justificações não exigem o *periculum in mora*, dão-se em processo autônomo e têm por fim constituir prova para que seja utilizada em processo futuro. A distinção é clara no próprio Código de Processo Civil, ao afirmar que a justificação presta-se a “quem pretende justi-

ficar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular”, consoante dispõe o art. 861¹⁰.

No Código de 1939, segundo Ovídio Baptista¹¹, as justificações eram disciplinadas em título próprio¹², diferente do que regulava as ações cautelares, que então eram chamadas de *medidas preventivas*.

O instituto da justificação foi pouco modificado no posterior Código de 1973, que tornou a redação do artigo mais técnica e explicitou que “o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”.¹³

Portanto, a justificação está disciplinada entre os procedimentos cautelares específicos, regulada nos arts. 861 a 866 do atual Código de Processo Civil.

Já no Direito português, “é espécie de processo especial e só se presta a justificar a ausência ou a qualidade de herdeiro ou representante de uma pessoa falecida” (arts. 1.103, e seguintes, e 1.115 do CPC)¹⁴.

1.2. Conceito

Antes de iniciar o estudo do tema central da presente monografia, qual seja, a recorribilidade no processo de justificação, é importante estudar o conceito do instituto.

Antônio de Moraes e Silva define a justificação “como prova judicial de alguma coisa”.¹⁵ Na mesma linha, Ernane Fidelis dos Santos ensina que “quando se quer apenas provar o fato ou a relação jurídica, como se pretendesse documentá-los, diz-se que deles se faz ‘justificação’”.¹⁶

Ainda a respeito do assunto, leciona José Cretella Neto que a justificação “destina-se somente a constituir prova, não fazendo coisa julgada sobre o fato provado”.¹⁷

Define-se a justificação como “procedimento pelo qual se visa a constituir prova (...). Através da justificação, o requerente, também chamado justificante, deseja constituir prova da existência de algum fato ou de alguma relação jurídica, sem caráter contencioso, que possa servir em procedimento judicial ou administrativo (...)”.¹⁸

No mesmo sentido, Paulo César Conrado assevera que a justificação tem como finalidade “demonstrar a existência de um certo fato ou relação jurídica, tanto para fins não contenciosos (mera documentação), como contenciosos (servir de prova noutra ação)”.¹⁹

Por fim, De Plácido e Silva pontifica que a justificação “entende-se a prova

judicial acerca de alguma coisa, isto é, a prova da existência de ato ou de relação jurídica, a que se prenda interesse da pessoa”.²⁰

1.3. Natureza jurídica

A justificação tem por finalidade a constituição de prova para que seja utilizada em processo futuro. Realmente, a justificação tem como finalidade básica a constituição de um documento para servir de prova em processo futuro, que não se confunde com a assecuração de prova, pois que mera documentação.

Ovídio Baptista²¹ alerta para o aspecto de que, ao dispor o art. 861 do Código de Processo Civil que a justificação destina-se a provar a “existência de relação jurídica”, não significa que a relação jurídica se equipara, no que diz respeito à eficácia, à relação jurídica “declarada”, em ação declaratória do art. 4º, I. Por meio do processo de justificação, “justifica-se a existência de relação jurídica”, mas o resultado não é uma declaração da existência ou inexistência da relação jurídica. A justificação fica a meio caminho entre a declaração da existência de uma relação jurídica e a assecuração de prova, não se tratando, portanto, de ação cautelar propriamente dita. “É um processo de ação, como os demais previstos pelo Código como procedimentos cautelares específicos”²², mas não é cautelar, nem pode ser considerada uma forma de tutela de urgência, uma vez que lhe falta a urgência como elemento essencial.

Pontes de Miranda afirma que a justificação é ação constitutiva de prova, e não ação declaratória, *in verbis*: “O mais que pode ocorrer é conceber-se como constitutiva de prova para ação declarativa, talvez para a ação declaratória do art. 4º. Nunca, desde logo, como ação declarativa da relação jurídica”.²³ Esclarece que constituir prova de relação jurídica é diferente de declarar tal relação jurídica. Sustenta que a “justificação, no Direito brasileiro, fez-se processo autônomo, constitutivo de prova” e que na justificação “não se pede a declaração, nem a condenação, nem execução, nem mandamental, pede-se a constituição de prova. Somente isso”.²⁴

Da mesma forma, Humberto Theodoro Júnior afirma que a justificação “não é ação declaratória, nem a substitui, apenas representa procedimento de constituição de prova, já que não gera coisa julgada sobre o fato justificado”²⁵, sendo meio para documentar prova testemunhal; mero procedimento de jurisdição voluntária.

No mesmo sentido, Sérgio Sahione Fadel²⁶ e Luiz Rodrigues Wambier²⁷, explicam que a justificação não é medida cautelar *stricto sensu*, pois os princípios gerais do procedimento cautelar a ela não se aplicam. Esclarecem que, embora o Código de Processo Civil declare essencial a citação dos interessados *ex vi* do art. 862, não é medida cautelar de caráter contencioso.²⁸

Para Victor Bomfim Marins²⁹, a disciplina do Código de Processo Civil para a justificação merece críticas, pois o legislador deu à justificação “tratamento heterotópico, localizando impropriamente a matéria no livro destinado ao processo cautelar”. Sustenta que a justificação não apresenta caráter cautelar, pois que dispensa o elemento do *periculum in mora*, essencial a essa modalidade de provimento.

Por tudo, é possível concluir que a natureza jurídica da ação de justificação é constitutiva de prova, não sendo cautelar, uma vez que não apresenta caráter de urgência, nem de contenciosidade.

1.4. Finalidade

Quanto ao escopo do instituto, Gardênia Carmelo Prado³⁰ questiona a utilidade da ação de justificação. Assevera que a justificação judicial é um procedimento que se tem mostrado inefetivo e desnecessário no mundo jurídico moderno, que é pautado pela rapidez e efetividade. Alega que a justificação tem contribuído para a utilização indevida da máquina judiciária, pois reproduz toda a estrutura de um processo: distribuição, registro do feito, autuação, cadastramento, citações, intimações para audiência, serviços de audiência, coleta de prova, provimento judicial, registro da decisão, baixas no registro e na distribuição, conta de custas, recibo nos autos, além de mobilizar a máquina judiciária, desde o magistrado, o distribuidor, o escrivão, oficial de justiça, até o porteiro do auditório, datilógrafo, contador e, muitas vezes, o Ministério Público. Além do mais, as provas colhidas nos autos da justificação, embora perfeitas, possivelmente deverão ser repetidas em audiência, no processo contencioso, ocorrendo uma repetição de atos já praticados judicialmente.

Não obstante há na doutrina³¹ quem apresente como finalidade da ação de justificação a constituição de um documento, que servirá de prova em processo futuro. Ministra Pontes de Miranda³² que o objetivo da justificação é constituir simples documentos ou assegurar a prova ou concorrer para sua formação.

De acordo com Ovídio Baptista³³, “a justificação se destina a justificar a existência de ‘algum fato ou relação jurídica’, de modo que esse fato ou relação jurídica cuja existência fora justificada possa ‘servir de prova em processo regular’”. Assim, a prova passa a existir no momento em que é prolatada a sentença homologatória da justificação, diferentemente do que ocorre com as ações de asseguuração de provas.

Humberto Theodoro Júnior³⁴ ensina que a justificação tem o fim de documentar fatos, podendo servir a dois objetivos diversos: simplesmente de documento para o proponente, sem caráter contencioso, exaurindo em si mesma sua finalidade processual, e servir de prova em processo regular.³⁵ O objetivo específico da

ação de justificação é a coleta de prova testemunhal sobre os fatos alegados na petição inicial.

Com entendimento idêntico, Ari Ferreira de Queiroz afirma que a justificação tem sua finalidade expressamente descrita no art. 861 do Código de Processo Civil: “a) servir meramente de documento para o requerente, vez que não tem o caráter contencioso e não obriga a terceiros, nem a parte a quem se pretende provar; b) servir de prova em processo regular”.³⁶

A justificação é um procedimento judicial que tem por finalidade a produção de prova, mediante a inquirição de testemunhas, embora seja propiciada ao requerente a juntada de documentos, a fim de que as testemunhas possam, sobre eles, se manifestar e ser inquiridas.

Afirma Manoel Antônio Teixeira Filho³⁷ que a justificação “visa a satisfazer interesse manifestado de modo unilateral”, podendo ser utilizada para efeito de simples documentação, sem finalidade contenciosa. O objeto da justificação reside na produção de prova de existência de fato ou relação jurídica, ou seja, na documentação de fatos, mediante as declarações de testemunhas, sendo facultado ao requerente a juntada de documentos.

Ulderico Pires dos Santos, por sua vez, afirma que o objetivo da justificação é provar alguma coisa perante alguém. Destaca como finalidades da justificação:

a) a comprovação futura de fatos que poderão ser proveitosos à defesa do direito do justificante em juízo ou fora dele, na jurisdição contenciosa ou voluntária, ou na esfera administrativa nua de poder judicante; b) para o juiz se convencer da necessidade de conceder *in limine* os pedidos de manutenção ou reintegração de posse, formulados pelos interessados; c) para o juiz decidir, em audiência preliminar, se o autor da ação de usucapião é ou não detentor da posse mansa e pacífica em que se fundou o pedido, pois, *a contrario sensu*, este será logo julgado extinto, uma vez que é ela que constitui o ponto nuclear dessa ação; d) para o juiz decidir qualquer das medidas provisionais estatuídas no art. 888, I a VIII, do Código de Processo Civil.³⁸

Prestando-se à prova de um fato ou relação jurídica, a justificação pode ser utilizada para que o requerente prove que tem incapaz sob sua dependência econômica, com finalidade de obtenção de benefícios, para provar tempo de serviço para efeito previdenciário, para provar a coabitação de pessoas acima da idade legal para contrair matrimônio sem a imposição do regime de separação de bens, para a existência de concubinato, com finalidade de obtenção de direitos decorrentes de tal estado, bem como para assento de óbito, referido no art. 88 da Lei de Registros Públicos. A propósito, a jurisprudência demonstra tais finalidades da ação de justificação:

Tratando-se de justificação judicial por meio da qual se pretende com-
Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 4, abr. 2005

provar concubinato, consolidou-se o entendimento no sentido de, na forma preconizada nos arts. 109, § 3º, da CF, e 15 da Lei 5.010, de 1966, admitir como competente a Justiça Federal quando requerida a justificação onde existente, e o juízo comum, nos termos do citado art. 15 da Lei 5.010.³⁹

Quando o objetivo da justificação for diretamente o benefício previdenciário ou estatutário, perante a Administração Federal, devendo ser citada a União ou autarquia federal, a competência é da Justiça Federal.⁴⁰

A justificação judicial há de ser tida como prova hábil a demonstrar a dependência para fins previdenciários, a despeito de não ser modalidade prevista no art. 14 e §§ da Consolidação das Leis da Previdência Social, sendo freqüentemente a única a substituir a prova administrativa, por demais severa entre beneficiários da classe mais humilde dos trabalhadores ligados ao INPS.⁴¹

A justificação, para fazer prova no pedido de retificação de nome de estrangeiro, pode e deve ser postulada na forma dos arts. 861 e seguintes do Código de Processo Civil, perante o Judiciário. Contudo a justificação deve ser postulada perante o juiz competente, e, *in casu*, ele é o do domicílio do requerente.

Sendo o foro competente o do domicílio do requerente, e nele não havendo vara da Justiça Federal, a justificação é processada perante o juiz estadual da comarca.⁴²

Em processo de justificação judicial para provar ausência do marido do lar conjugal e com o objetivo de instruir pedido de benefícios junto ao Funrural, desnecessária é a citação edital do marido.⁴³

A finalidade da justificação é, pois, como expressa o art. 861 do Código de Processo Civil, *documentar*, sem caráter contencioso, muito embora, via de regra, não tenha valor documental⁴⁴, e *servir de prova* em processo regular.

Como informam Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda⁴⁵, “a medida contida no art. 861 está destinada exclusivamente a documentar prova testemunhal, sem alçar-se, porém, o que é importante, a categoria de prova documental”. Também para Carnelutti⁴⁶, “o documento será fonte secundária de prova se representa uma declaração testemunhal, decorrente de dedução indireta do fato a provar, isto é, de dedução deste mediante a dedução direta do testemunho (fato documentado)”. Por tal razão, Carnelutti não admite a justificação nem como começo de prova escrita, o que só ocorrerá, de acordo com o inciso I do art. 402 do Código de Processo Civil, quando o documento emanar da parte contra quem se pretender utilizar o documento como prova.

Corroborando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal⁴⁷ já decidiu que:

O documento escrito (no caso dos autos) serve apenas para provar o fato da declaração testemunhal antecipada, e não o fato que essa declaração

visa a comprovar, fato esse cujo meio de prova continua a ser o depoimento das testemunhas e não o documento que são os autos da justificação.

1.5. Da constituição de prova

Dispõe o art. 863 do Código de Processo Civil que a justificação consiste na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados na inicial a que se pretende justificar, facultando ao requerente a juntada de documentos. Tal dispositivo limita o âmbito da prova na justificação, não admitindo que nela se proceda prova pericial, vistoria ou qualquer outro tipo de prova. A juntada de documentos é autorizada para que seja possível ouvir as testemunhas a respeito do seu conteúdo, esclarecendo os fatos que se pretende justificar. Para tanto, a apresentação de documentos deve ser feita junto com a petição inicial ou, no mais tardar, até a data da audiência, pois a juntada posterior se tornará inútil.

A prova que se pretende constituir com a ação de justificação é a prova pessoal – consistindo em depoimentos testemunhais –, preconstituída, pois é preparada preventivamente, diante da possibilidade de sua utilização em ação futura. De acordo com Carreira Alvim⁴⁸, a prova pessoal é resultante da afirmação ou atestação de uma pessoa; ou toda afirmação pessoal consistente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados. Observa que “a prova não interessa só ao Direito Processual, mas, também, ao Direito material. Muitas vezes, são produzidas provas sem que haja qualquer litígio atual, ou mesmo, sem que se saiba se haverá litígio futuro”, o que é o caso da prova constituída por meio da ação de justificação.

Com efeito, normalmente o momento de produção da prova testemunhal é o da audiência. De regra, a prova é produzida perante o juiz da causa e no momento adequado para a sua produção. Porém pode a prova ser produzida perante juiz de outra jurisdição, ou fora do momento em que deveria ser produzida. Nesta hipótese, encontram-se as provas constituídas por meio da justificação, quando há a necessidade de produzir prova de certo fato para invocá-la em processo futuro. No entanto a prova produzida na ação de justificação não há de ser confundida com a prova *ad perpetuam rei memoriam* – a prova produzida por meio da ação cautelar de antecipação de provas. Diferencia Pontes de Miranda:

(....) a diferença está entre o prevenir e o produzir desde logo, aqui sem o elemento subjetivo da cautelaridade. As justificações que não cabem nas produções antecipadas da prova independem da pretensão à segurança da prova. A produção desde logo é em processo autônomo, quando se trata de justificações dos arts. 861– 866 (....).⁴⁹

Como afirmam Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda “consiste a justificação em documentar ‘a existência de algum fato ou relação jurídica’ para utilização futura, ou não, a critério do requerente, ausente o elemento de cau-

telaridade da asseguaração de prova regulada no art. 846. Não se trata de segurança de prova colocada em risco por algum fato, mas de mera documentação”. Sustentam que na justificação “não se cogita de assegurar determinado depoimento, senão de documentar ‘a existência de algum fato ou relação jurídica’, mediante ouvida de testemunhas, para eventual utilização futura, sem alçar-se, porém, o que é importante, a categoria de prova documental”.⁵⁰

Não é só. No entendimento de Ovídio Baptista⁵¹, a prova passa a existir no momento em que é prolatada a sentença homologatória da justificação, diferentemente do que ocorre com as ações de asseguaração de provas.

A prova obtida mediante a justificação não é valorada pelo juiz da justificação; tal valoração só será feita em processo posterior. O juízo de mérito da prova constituída na ação de justificação somente será feito no futuro processo regular, em que a parte juntará os autos da justificação e o juiz da causa apreciará livremente a prova, ponderando os indícios de verossimilhança e o convencimento que os depoimentos houverem de merecer, em face do conjunto probatório produzidos.

De acordo com Sérgio Sahione Fadel, a prova constituída na justificação será “apreciada, examinada e valorizada pelo juiz da ação, ou pela autoridade administrativa, perante quem for utilizada”.⁵² Evoca Hugo Simas, concluindo que, “por se tratar de prova a ser apreciada mais tarde, em ação a propor, nem por isso deixa de constituir prova, que há de ser formada com o mesmo zelo e cuidado posto nas demais com que o juiz formará sua convicção, para não se lhe dar tratamento diverso”.⁵³

Ensina Humberto Theodoro Júnior⁵⁴ que a justificação visa, essencialmente, à coleta da prova testemunhal, os documentos não apresentam função própria de prova no ato, mas servem de orientação à inquirição das testemunhas. Enfatiza que a juntada de documentos não favorece nem prejudica os interessados, uma vez que o juiz não se manifestará a respeito deles. Ocorrendo a juntada de documentos, o requerido terá vista em cartório, no prazo de vinte e quatro horas, conforme dispõe o art. 864 do Código de Processo Civil. O único intuito desta vista é que possa o interessado preparar-se para a inquirição das testemunhas, não para discutir a essência do documento, já que o juiz não se manifestará sobre os mesmos.

A prova constituída na justificação é uma prova como qualquer outra e deverá ser valorada no momento oportuno por quem de direito, seja administrativa ou judicialmente, atribuindo-lhe o mérito devido, sem vinculação a juízo anterior. É no processo principal que haverá o juízo, a valoração da prova colhida em processo de justificação.

1.6. Da efetividade da justificação

Ovídio Baptista⁵⁵ ensina que a prova constituída por meio da justificação poderá ser recusada pelo juiz do processo regular referido no art. 861 do Código de Processo Civil, se este contar com prova contrária suficientemente idônea para invalidar a força probatória da justificação. Esclarece que o juiz do processo cautelar poderá considerar inexistente o fato ou a relação jurídica justificados, caso entenda que a prova lá produzida seja insuficiente, mesmo na ausência de prova contrária que invalide a justificação. Alerta, no entanto, que tal atitude deve ser evitada, sob pena de inutilizar-se a função processual das justificações, e que a eficácia probatória da justificação somente poderá ser recusada diante de provas capazes de neutralizar a prova constituída por meio de justificação. Evoca a lição de Hugo Simas:⁵⁶

Nem pelo fato de constituir a justificação avulsa documento a ser utilizado pela parte que a produziu, diminui a necessidade de ser feita com aqueles requisitos todos estabelecidos para dar à prova testemunhal o inteiro valor de prova judicial. É iníquo e é irritante que não se dê a esse *documento judicial* o mesmo valor que se atribui ao *documento notarial*. Os males, os vícios e os abusos que foram degradando e desprestigiando inteiramente a prova por meio de justificação encontraram paradeiro nas medidas que este título lhe dispensa (refere-se o jurista ao Título do CPC de 1939 que tratava das justificações), para torná-la documento sem eiva de suspeição, *embora, como toda prova, sujeita a ser destruída por outra em contrário*.

Victor Bomfim Marins⁵⁷ destaca que alguns julgados têm atribuído eficácia probatória plena à justificação, com grave equívoco. Alega que, por não se tratar de procedimento contencioso e por não estar submetido ao princípio do contraditório, não há que se cogitar em eficácia declaratória da sentença que homologa a justificação, nem de coisa julgada. Pontifica que a justificação pode ser utilizada como elemento de prova em processo litigioso, sem prejuízo de outros indícios de prova que possam ser produzidos pela parte, buscando o convencimento do julgador. Remata que fato justificado não significa fato provado ou fato juridicamente considerado verdadeiro.

Para Édson Prata a justificação “consiste numa prova ‘quantum satis’, numa prova bastante para o que se pretende futuramente, quando necessária para a propositura de defesa judicial. Ou, então, para a proposição de medida cautelar, não considerada pela doutrina nacional como uma lide propriamente dita”. Sustenta que a justificação é prova que não acarreta certeza, mas plausibilidade que constitui um grau mais forte do que a simples verossimilhança; por isso que justificar consiste em provar *quantum satis*. Esclarece que a justificação nada mais é do que processo autônomo de coleta de prova testemunhal, passível de utilização em processo futuro.⁵⁸

Por tudo, verifica-se que a justificação não representa um processo de efetividade reconhecida. Verifica-se que sua finalidade é a constituição de prova que poderá ser utilizada em processo futuro, seja administrativo ou judicial.

A propósito, observa Gardênia Prado⁵⁹ que se a justificação instruir um processo administrativo⁶⁰, a prova constituída por meio dela, com observância de todas as formalidades legais exigidas para a formação da prova testemunhal, poderá não ser considerada, ou ser considerada apenas quando conjugada com prova material. Argumenta que o particular vale-se da justificação para a constituição de prova porque não tem a prova documental exigida, ou não a *quantum satis* para o atendimento da sua pretensão frente ao órgão da Administração. Conseqüentemente, desprestigiada fica a chancela judicial dada à prova apresentada, mesmo que o Judiciário não tenha enfrentado o mérito da prova, mas que foi colhida dentro dos padrões legais, com as garantias previstas em lei e, portanto, formalmente válida.

Também se a justificação instruir processo judicial, a situação é igualmente estranha quanto à efetividade, pois a prova colhida formalmente na justificação deverá ser repetida em nova audiência, na qual a produção probatória terá o mesmo enfoque dado na coleta da prova na justificação. Eis a lição:

(...) embora a prova da justificação, de início, seja considerada como prova documental (com as ressalvas feitas por respeitáveis juristas) no processo contencioso no qual vier a ser usada, a matéria fática (que geralmente é a substância das provas desse tipo) poderá demandar prova complementar, oral, ainda porque a parte figurante no pólo oposto, no processo contencioso pode não ser a mesma pessoa (ou seja, o “interessado”) citada no procedimento de justificação, e também porque neste último procedimento a participação dos interessados porventura citados não inclui a ampliação dos pontos sobre os quais a prova deva recair, posto que na justificação não se admite qualquer tipo de resposta.⁶¹

Em suma, sendo utilizada em processo judicial, os atos formais de oitiva de testemunhas para coleta de provas serão repetidos.

Por fim, caso a ação de caráter contencioso seja distribuída ao mesmo juiz que presidiu a justificação, poderá ocorrer que já se tenha formado convencimento quando da colheita da prova testemunhal na justificação, a respeito da questão de fato agora colocada em exame. Mesmo assim, não poderá o juiz refutar a repetição da prova testemunhal, sob pena de ver seu ato declarado nulo por restrição aos princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente. Critica Gardênia Prado que o Judiciário trabalha, no caso da justificação, com uma situação não protegida pela coisa julgada, restando, pois, inefetivo o uso “da máquina judiciária e do órgão jurisdicional, em favor de uma pretensão que poderia ser diretamente manejada em processo contencioso, com todas as garantias

processuais para as partes, e que findaria em uma decisão meritória, passível de ser amparada pela coisa julgada”.⁶²

1.7. Da natureza jurídica da sentença da justificação

Determina o parágrafo único do art. 866 do Código de Processo Civil⁶³ que o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais. Assim, a sentença da justificação limita-se à pretensão de provar, sem que se possa utilizar essa eficácia em outra ação.⁶⁴

Realmente, a sentença proferida na justificação tem natureza constitutiva integrativa da prova realizada, mas sem a força constitutiva integrativa da prova, nem mesmo declarativa. Para tanto, depende que a sentença do processo “regular” a estenda, como conteúdo de sua própria eficácia; também não possui efeito mandamental, não se destinando a determinar que alguém faça ou deixe de fazer algo. Na sentença da justificação o juiz nada decide; limita-se a observar as formalidades legais, extrínsecas, como a citação válida e regular, impedimento de testemunhas, capacidade do autor, entre outros, para a constituição da prova testemunhal.

Também Carvalho Santos afirma que a sentença da justificação é do tipo constitutiva. Evoca Hugo Simas, porém, distanciando-se de seu entendimento de que a justificação deve ser julgada procedente ou improcedente. Para Carvalho Santos tal julgamento “não é cabível atento a que a justificação é apreciada como documento pelo juiz da causa ou processo em que vier a ser apresentada”. Continua dizendo que “a sentença, como bem diz Jorge Americano: o julgamento é simples constatação pelo juiz, das formalidades substanciais da petição (...) e dos depoimentos....”. “O mérito da justificação não pode ser apreciado pelo seu julgador, mas somente pelo juiz que deva conhecer da causa onde ela for produzida”.⁶⁵

Já Victor Bomfim Marins⁶⁶, ao revés, afirma que a documentação da prova por meio da justificação não acarreta propriamente eficácia constitutiva. Sustenta que é inadequado o uso da expressão “sentença constitutiva”. Trata-se de uma impropriedade sob o ponto de vista jurídico, uma vez que na justificação a documentação da prova passa-se no mundo dos fatos e não constitui, não cria, não modifica, não extingue relações jurídicas. Assevera que a sentença proferida na justificação não tem eficácia declarativa constitutiva, não declara a existência ou inexistência de relação jurídica nem, tampouco, constitui. Conclui que a sentença da justificação, no que se refere ao pedido, terá eficácia predominantemente mandamental.

Pontifica Humberto Theodoro Júnior⁶⁷ que na própria ata de encerramento da audiência ou em separado, o juiz prolatará a sentença, sem entrar no mérito

da prova produzida, nem no litígio, se surgir. Observará apenas as formalidades legais da citação, inquirição de testemunhas e da competência *ratione materiae*, firmando ter corrido regularmente o feito, simplesmente homologando a justificação.

A sentença da justificação tem, para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda⁶⁸, natureza homologatória, com ausência de qualquer conteúdo decisório, limitando-se à verificação da observância das formalidades legais, sem pronunciar-se sobre o mérito da prova, não havendo juízo de valor nem quanto à existência do fato. Assim, sustentam ser impróprio falar-se em apreciação de prova pelo juiz ou, ainda, em julgamento procedente ou improcedente, em que se consideraria a justificação incapaz para produzir os efeitos pretendidos pelo requerente. Concluem que a justificação tem um sentido puramente documentador, em que o juiz exerce ato ordinatório, que consiste em deferir e acompanhar a produção da prova testemunhal. A sentença é, pois, homologatória, encerrando o procedimento com a verificação do cumprimento das formalidades legais.

Também para Édson Prata⁶⁹, a manifestação final do juiz, que não se pronuncia sobre o mérito da prova, é um pronunciamento simplesmente homologatório. Assim, a sentença teria caráter meramente satisfativo. Explica que a justificação não se aproxima da ação declaratória, pois não gera coisa julgada sobre o fato justificado. Cita Lopes da Costa, explicando que na justificação o juiz não decide coisa alguma; limita-se a aferir a observância das formalidades legais, não faz pronunciamento sobre o mérito da causa e que a justificação é simples meio de documentar prova testemunhal.

Em suma, à luz do art. 861 do Código de Processo Civil, é possível concluir que a *sentença* a que se refere o art. 866 é de natureza *declaratória*. Porém o juiz não declara haver sido provada a existência do fato ou da relação jurídica indicada na inicial, ou não. Apenas declara a regularidade da produção das provas, extinguindo o processo por sentença. Assim, pode-se concluir que a sentença da justificação é uma sentença homologatória das provas constituídas em audiência de inquirição de testemunhas, e declaratória da regularidade formal da produção da prova. Resta saber se na justificação há a recorribilidade da respectiva sentença, tema principal da presente monografia e objeto central do próximo capítulo.

2. Da recorribilidade

2.1. Da irrecorribilidade das decisões

Dispõe o art. 865 do Código de Processo Civil: “No processo de justificação não se admite defesa nem recurso”. Daí a tese de que não é recorrível a sentença

e que a ela não se aplicam os dispositivos que tratam dos requisitos da sentença e do recurso de apelação, quais sejam, arts. 458 e 513.

Pontes de Miranda⁷⁰ assevera que na justificação não há defesa, implicando a impossibilidade de contestação, reconvenção ou embargos, nem recorribilidade, apontando a justificação como exceção ao princípio da recorribilidade das decisões judiciais. Realmente, sustenta que nenhum recurso é cabível. Porém levanta a questão de que no caso de sentença omissa, obscura, contraditória, em que se poderia pensar em embargos de declaração, diante da vedação legal, afastada ficaria a possibilidade de utilização de tal recurso. Esclarece, ainda, que na sentença o juiz não se pronuncia sobre o mérito da prova produzida, limitando-se a verificar se foram observadas as regularidades formais para a produção da prova, e que, no caso de erro material, é possível requerer a correção por petição simples ou o juiz poderá fazê-la de ofício. Eis a lição:

Não há defesa (nem contestação, nem reconvenção, nem embargos), *nem recorribilidade. Nenhum recurso, de regra é interponível*, mas há uma questão que surge e merece exame: se o juiz, ao proferir a sentença, comete obscuridade, suscita dúvidas quanto aos enunciados, ou algum enunciado da sentença, ou cai em contradição, *estão afastados os embargos de declaração? Diante do texto legal, sim*. A sentença não se pronuncia sequer sobre o mérito da prova, pois que se limita a verificar se foram observadas as formalidades legais. O que pode acontecer é que tenha havido inexactidão, ou erro de cálculo, casos em que se pode pedir a correção, ou o próprio juiz, de ofício, corrigir.⁷¹

Além disso, pelo fato de o juiz não se pronunciar sobre o mérito da prova, “não se há de invocar força de coisa julgada material por parte da sentença nas justificações, porque lhes falta elemento declarativo suficiente” (...) “A sentença desfavorável também não declara; deixa de constituir”.⁷² Assim, o pedido de justificação pode ser renovado. Há, também, de se lembrar que, embora não caiba recurso, qualquer que seja a decisão, permanece a responsabilidade do juiz, de acordo com o art. 133, parágrafo único, do Código de Processo Civil, como bem lembra Pontes de Miranda.⁷³

Também Humberto Theodoro Júnior⁷⁴ afirma que, na justificação, a citação não é para defesa ou contestação, uma vez que a justificação é procedimento unilateral, não apresentando a possibilidade de defesa nem de recurso. Além disso, na justificação não ocorre julgamento de mérito, nem mesmo a apreciação do mérito das provas produzidas. Ao final da audiência, o juiz profere sentença, “que não entrará no mérito da prova produzida, nem do litígio acaso existente entre os interessados”.⁷⁵ Simplesmente, verificará se foram observadas as formalidades legais, sendo a sentença de mera homologação.

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e outros⁷⁶ afirmam que na sen-

tença da justificação, o juiz não faz senão observar o cumprimento das formalidades legais, não decidindo coisa alguma, não se manifestando, como diz a lei, sobre o mérito da prova. Também, Cristiane Maria Vieira afirma que o juiz julgará a justificação por sentença, não se pronunciando sobre o que foi produzido, “limitando-se a verificar somente se foram obedecidas todas as formalidades legais, *sentença esta da qual não caberá recurso*, por tratar-se de sentença homologatória das provas produzidas”.⁷⁷

Ressalta Ulderico Pires dos Santos⁷⁸ que na justificação as partes são citadas, não para contestar, mas para acompanhar a colheita da prova testemunhal, ou, ainda, se for o caso, contraditar as testemunhas, argüindo-lhes incapacidade ou impedimento ou suspeição. A citação é, também, para permitir que os interessados possam formular perguntas que entendem cabíveis ou úteis para o esclarecimento dos fatos que o requerente pretende justificar. Sustenta, então, o não-cabimento de recurso de qualquer espécie, uma vez que na justificação não há de se cogitar de defesa e sua sentença apenas homologa a colheita da prova, tendo índole meramente constitutiva da prova produzida, limitando-se a cancelar a perfeição na colheita da prova. Pontifica que, caso a prova tenha sido produzida sem a observação das formalidades previstas em lei, o juiz lhe negará aprovação, deixando de homologá-la; situação em que caberá ao requerente ajuizar nova justificação.

Antônio Macedo de Campos⁷⁹, por sua vez, distingue como traço característico da justificação o fato de que nela não é admitida defesa e da sentença não caberá qualquer recurso, porque a matéria não faz trânsito em julgado. Caso o juiz não homologue a justificação ao prolatar a sentença, o interessado poderá renovar o pedido.

Na mesma linha de raciocínio, Pedro Mudrey Basan⁸⁰ afirma que, por tratar-se de mera homologação de prova produzida, não se admite defesa nem recurso no processo de justificação. Realmente, a justificação, por seu caráter não contencioso, não ensejando defesa, nem contestação e inexistindo sucumbência, não permitiu ao legislador prever a possibilidade de cabimento de recurso.⁸¹

Ernane Fidélis dos Santos afirma, seguindo a mesma linha de raciocínio, que “*não há recurso contra a sentença que homologa a justificação*, ainda que se impugne sua validade formal (art. 865)”.⁸²

Esclarece Sérgio Sahione Fadel que na justificação “o citado ou interessado não se defende, *nem pode recorrer, porque o recurso pressupõe sucumbimento e isto não houve*”.⁸³ Ensina que “se a prova é falha, se é falsa, equívoca ou imprestável, será matéria de discussão por ocasião da utilização respectiva”.⁸⁴ Afirma que, caso o juiz deixe de homologar a justificação, o requerente poderá renovar o pedido, não cabendo, portanto, recurso nenhum.⁸⁵ De fato, recurso pressupõe

sucumbência; é pressuposto subjetivo dos recursos a sucumbência, ou seja, a situação de prejuízo provocada pela decisão; somente a sucumbência justifica o recurso.

Ainda segundo Sérgio Sahione Fadel⁸⁶, caso o juiz, ao proferir a sentença, deixe de homologar a justificação por não-observância das formalidades legais, a parte poderá intentar novo pedido, não sendo recorrível tal sentença, à luz do art. 865 do Código de Processo Civil, uma vez que o juiz não se pronunciou sobre o mérito da prova e porque durante a instrução processual foi impossível, ainda, a apresentação de defesa. Este é o entendimento esposado no seguinte acórdão: “Da sentença na justificação não cabe recurso, porque o pedido é renovável”.⁸⁷

Ora, se é renovável o pedido, a sentença da justificação não produz coisa julgada material, de acordo com o disposto no art. 467 do Código de Processo Civil, não julgando nenhuma lide. Daí o não-cabimento de recurso.

Salienta João Penido Burnier Júnior⁸⁸ que, em face da irrecorribilidade da sentença, se, embora homologada a justificação, subsistir alguma nulidade, ocorrerá hipótese de cabimento da ação anulatória prevista no art. 486⁸⁹ do Código de Processo Civil. Realmente, incide o art. 486 do Código de Processo Civil quando se tratar de sentença de homologação em ações em que não há contenciosidade. A propósito, vale a pena conferir a jurisprudência no mesmo sentido:

É adequada a ação anulatória de sentença, proferida em justificação, desde que resultou provada a ausência de citação de interessado e tramitação do feito à sua revelia, e a sentença ostenta conteúdo meramente homologatório, inatacável pela via rescisória, porquanto nada decidiu, nem poderia decidir, a respeito do direito material, somada a circunstância da ausência do MP, tornando a sentença nula em caráter absoluto, em face do princípio da ordem pública – parágrafo único do art. 862 do CPC.⁹⁰

Pode-se concluir, então, que a justificação prevista no art. 861 do Código de Processo Civil é ação em que não há contencioso, tratando-se de jurisdição voluntária, em que há o interesse do requerente de tão-somente constituir prova da existência de algum fato ou relação jurídica. Por isso, uma vez que ao juiz não é submetido nenhum litígio, cabe-lhe apenas verificar se foram observadas as formalidades legais para a constituição da prova, fazendo, então, exceção à regra da recorribilidade, dispondo o art. 865 do Código de Processo Civil que *no processo de justificação não se admite defesa nem recurso*. Assim, o autor da justificação pode renovar seu pedido em nova justificação.

2.2. Da recorribilidade

Elza Spanó Teixeira afirma que a inadmissibilidade de recursos no processo de justificação é contrária à Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Todo processo cautelar é, por essência, contencioso, haja vista a disposição geral contida no art. 802 do CPC. A disposição especial contemplada no art. 865, segundo a qual “no processo de justificação não haverá defesa nem recurso” é, evidentemente, anomalia que descaracteriza aquela providência como processo cautelar e que não foi, à evidência, recepcionada pelo atual ordenamento constitucional.

Essa afirmativa decorre de que face às disposições consagradoras no *due process of law*, onde sobrepaira como segura diretriz, a garantia na CR (art. 5º, LV) corporificada em assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, com o acréscimo de que tal decisão não pode continuar a ser aquela singelamente proferida, destituída de motivação correspondente, posto que a própria Constituição, em modificação de substancial vulto, determinou que, doravante, serão fundamentadas “todas as decisões, sob pena de nulidade” (CF, art. 93, IX).⁹¹

Em contraposição, Victor Bomfim Marins afirma que “por causa das características da justificação, que não permite defesa e recurso”, afastados ficam o princípio do contraditório e o duplo grau de jurisdição.⁹²

Sob outro enfoque, Theotonio Negrão, ao interpretar o art. 866 conclui: “‘Sentença’, logo cabe apelação (art. 513); mais adiante, ‘decisão’, logo cabe agravo de instrumento? Finalmente, de acordo com o art. 865, estamos em face de uma ‘sentença’ ou ‘decisão’ que não admite recurso algum...”.⁹³

No entanto há juristas que admitem a interposição de recursos contra sentença de justificação, mas só em alguns casos específicos.

Embora, de regra, a sentença da justificação seja homologatória, limitando-se apenas a certificar se foram observadas as formalidades legais⁹⁴, não cabendo recurso consoante o disposto no art. 865 do Código de Processo Civil, não significa dizer que, se houver questão incidente a ser resolvida pelo juiz, não seja cabível agravo de instrumento da decisão interlocutória que a apreciar. Tampouco se pode falar em não-cabimento de apelação contra sentença que ultrapasse os limites dos termos da lei ou, ainda, como quando a sentença indefere a inicial considerada inepta. Faz-se, então, necessário analisar algumas hipóteses de cabimento de recursos no processo de justificação, de acordo com a doutrina e a jurisprudência.

2.2.1. Da sentença de indeferimento

De acordo com Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda⁹⁵, a intenção do legislador, ao dispor no art. 865 do Código de Processo Civil que no processo de justificação não se admite recurso, foi impor a irrecorribilidade na sentença meramente homologatória da prova colhida, ausente qualquer conteúdo decisório. Isto porque, no momento adequado, no processo principal, o requerido

poderá discutir o mérito da prova. Como não existe prejuízo à parte, não há interesse recursal, não podendo, pois, recorrer da sentença.

No entanto o indeferimento da petição inicial que põe fim ao processo, sem julgamento do mérito, pode dar ensejo à interposição de apelação, por ser sentença, de acordo com o Código de Processo Civil – art. 267, I –, sentença terminativa, uma das hipóteses de cabimento da apelação, consoante o art. 513 do Código de Processo Civil.

Ensinam Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda que o indeferimento da petição inicial da ação de justificação leva ao cabimento do recurso de apelação, “pois a questão apreciada pelo juiz, de ofício ou a pedido do interessado, torna-lhe jurisdicional o pronunciamento”⁹⁶. Daí o conhecimento da apelação interposta contra a sentença de extinção do processo de justificação.⁹⁷

Também Antônio Cláudio da Costa Machado afirma que “a regra do art. 865 do Código de Processo Civil, segundo o qual no processo de justificação não se admite defesa nem *recurso*, não se aplica à hipótese de indeferimento da inicial”⁹⁸. Na verdade, o legislador pretendeu “evitar a discussão sobre o mérito da prova constituída para ser utilizado em outros processos, quando, então, se abre a ampla discussão (....)”⁹⁹.

Já Víctor Bomfim Marins¹⁰⁰ explica que o comando do art. 865 deve ser interpretado sem muito rigor, até por causa do princípio do duplo grau de jurisdição, que garante ampla revisão dos julgados pelos tribunais. Observa, ainda, que o recurso deve ser possível quando houver claro prejuízo à parte, como ocorre nos casos em que decisões “cerceiam a liberdade do interessado em juízo, impedindo-o, por exemplo, de promover a justificação”, ou de ouvir determinada testemunha.

Alexandre de Paula tem por compreensível que a sentença meramente homologatória não comporte recurso. Entretanto pondera que o ato que repele liminarmente a justificação, ou que indefere a citação das partes ou a intimação de testemunhas, ou, ainda, para o caso de indeferimento das perguntas formuladas pelo interessado, é inadmissível que sejam atos irrecorríveis.¹⁰¹ Refere-se a precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por unanimidade, admitiu recurso de apelação contra sentença que julgou extinto o processo por entender inadequado o processo para justificar a existência de união estável.¹⁰² Com efeito, ao dispor o art. 865 que no processo de justificação não se admite defesa nem recurso, não pretendeu significar que “não possa ser suscitada no procedimento pelo requerido questão que obrigue o magistrado a proferir decisão, da qual caberá, então, o recurso adequado”.¹⁰³ Daí a conclusão de que “não se admitir recurso da decisão indeferitória da inicial da justificação seria negar-se à parte o acesso à via judicial”.¹⁰⁴

Também há precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar apelação em justificação julgada extinta ao entendimento de que se tratava de produção antecipada de prova, *in verbis*:

Finalmente, a regra do art. 865 do CPC (“No processo de justificação não se admite defesa nem recurso”) *não se aplica à hipótese dos autos, de indeferimento da inicial*; o que o legislador pretendeu, claramente, é evitar a discussão sobre o mérito da prova constituída para ser utilizada em outros processos, quando, então, se abra a ampla discussão, e não impedir o acesso ao remédio preconizado na lei expressa.

A se admitir raciocínio contrário, estar-se-ia criando uma dificuldade intransponível à pessoa que pretendesse constituir prova para servir em processo regular, porque, sem ela, talvez se inviabilize o exercício da ação principal.¹⁰⁵

Então, tem-se que o indeferimento da petição inicial da justificação enseja recurso de apelação, a ser interposto no prazo de quinze dias. Assim tem-se manifestado a jurisprudência:

Todavia admite-se apelação da sentença que indefere liminarmente a petição inicial de justificação.¹⁰⁶

Processual Civil. Justificação judicial. Recurso. Admissibilidade. Jurisprudência.

I – *Contra sentença que indefere liminarmente a inicial de justificação cabe recurso de apelação.*

II – Na justificação judicial é vedado ao juiz a apreciação do mérito da prova. Deve o magistrado limitar-se à verificação das formalidades (art. 866, parágrafo único) e se tudo correr regularmente, prolatar sentença de mera homologação da justificação. Ao julgar improcedente a justificação o MM. juiz adentrou no mérito da prova produzida em audiência, sem apontar qualquer irregularidade formal no procedimento adotado. Apelação provida para reformar a sentença e homologar a prova testemunhal produzida em audiência.¹⁰⁷

Justificação judicial – Jurisdição voluntária – Concubinato – Art. 45 da Lei 6.515/77 – Possibilidade jurídica do pedido – Indeferimento da inicial – Recurso.

Se o requerente – com idade superior a 60 anos – quer valer-se da justificação judicial para comprovar a existência de mais de 10 anos de vida em comum com a companheira, com quem pretende contrair núpcias, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que está amparado pelo art. 45 da Lei 6.515/77. A justificação é ato de jurisdição voluntária, não comportando, em rigor, sentença alguma. A que proferida vale apenas como homologação, sem que o juiz possa entrar em qualquer apreciação sobre o valor da prova produzida, não obstando o processamento daquela medida nem mesmo a eventual inutilidade da prova. *Cabe recurso de apelação*, por constituir *error in iudicando* (...).¹⁰⁸

Medida cautelar. Justificação. Inquirição de testemunha visando a pré-constituir prova a ser utilizada em ação futura. Hipótese expressamente prevista no art. 861 do CPC. Procedimento sem caráter preparatório, que não visa a assegurar prova. Inicial adequadamente fundamentada, expostos o interesse e a finalidade e mencionando o dispositivo legal autorizador. Impossibilidade de indeferimento sob a alegação de dever o requerente comprovar a necessidade e o interesse processual por se tratar de produção antecipada de provas. *Inaplicabilidade do art. 865 do CPC à hipótese de indeferimento da inicial. Recurso conhecido e provido*, determinando-se o prosseguimento do processo. Inteligência dos arts. 846/851 e 861/866 do Código adjetivo.¹⁰⁹

A regra do art. 865 do CPC, segundo o qual no processo de justificação não se admite defesa nem recurso não se aplica à hipótese de indeferimento da inicial. O que o legislador pretendeu, claramente, foi evitar a discussão sobre o mérito da prova, constituída para ser utilizada em outros processos, quando, então, se abre a ampla discussão, e não impedir o acesso ao remédio preconizado na lei expressa.¹¹⁰

Por tudo, é possível concluir que a sentença de indeferimento da petição inicial da justificação enseja recurso de apelação.

2.2.2. Das sentenças *extra* e *ultra petita*

Ensina Reis Friede¹¹¹ que o Código de Processo Civil de 1939 dispunha, no art. 738, que “produzida a prova, o juiz dará sentença, de que não caberá recurso (...)”. A lei sempre foi clara ao determinar que o juiz não poderá se pronunciar sobre o mérito da prova na justificação, devendo limitar-se a verificar se foram observadas as formalidades legais, significando que “a sentença de justificação não se envolve com o mérito da prova”.¹¹²

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda afirmam que não se admite recurso da sentença meramente homologatória. No entanto, se houver questão incidente a ser resolvida pelo juiz, tal decisão desafiará agravo de instrumento. Ressaltam, ainda, que não se pode “afirmar a inviabilidade genérica de apelação contra sentença que ultrapasse os termos da lei”, pois se o “juiz valora a prova, excede o limite imposto pela lei, e o seu pronunciamento passa a desafiar recurso de apelação”. Esclarecem que, caso o juiz aprecie a prova produzida, ou julgue procedente ou improcedente a justificação, decidindo se as testemunhas foram capazes de provar a existência do fato ou relação jurídica que se quis constituir, ou, considerando a prova testemunhal incapaz de produzir os efeitos pretendidos pelo requerente, tal provimento “excederia o sentido puramente documentador da justificação”, na qual se “reclama exclusivamente ato ordinatório do juiz, consistente em deferir prova e conseqüente acompanhamento de sua produção”. Em tais casos o juiz não se limitaria a verificar a observância das formalidades legais, o que daria ensejo ao recurso de apelação.¹¹³

Antônio Cláudio da Costa Machado, por sua vez, faz referência à jurisprudência que admite apelação no caso da sentença que excede os limites da lei: “se o juiz, excedendo o limite de simples homologação da prova, imposto pela lei, aprecia questão, obtém recurso de apelação da sentença”.¹¹⁴ Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *in verbis*:

Via de regra, nos processos de justificação não se admite defesa nem recurso. (...) não poderia o juiz extinguir o processo, ante o argumento de que, para fins previdenciários, a lei exige início de prova documental, porque trata-se de questão alheia aos limites da ação de justificação, nada impedindo que o interessado venha a obter a necessária prova material em tempo diverso.¹¹⁵

Pode-se concluir que, conforme dispõe o art. 865 do Código de Processo Civil, não se admite recurso em sede de justificação. Mas tal dispositivo refere-se tão-somente à sentença que homologa a legalidade na produção da prova testemunhal, e que não encerra qualquer juízo de valor sobre a prova colhida, limitando-se a atestar o atendimento das formalidades legais necessárias ao ato. No entanto a decisão que valora a prova, excedendo os limites impostos pela lei, é apelável.

2.2.3. Recurso extraordinário

Por fim, sustenta Ari Ferreira de Queiroz que a justificação apresenta-se como um caso singular de processo em único grau de jurisdição, não admitindo recurso nem defesa, consoante o art. 865 do Código de Processo Civil, não comportando contestação, reconvenção ou exceção, nem recursos ordinários, como o agravo ou a apelação. Destaca que, segundo regra geral, quando não couber qualquer recurso ordinário, pode caber recurso extraordinário, desde que ocorra qualquer das hipóteses previstas no art. 102, III, da Constituição Federal. Assim, caso ocorra o indeferimento da contradita da testemunha, haverá ofensa ao princípio da ampla defesa, podendo o interessado interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.¹¹⁶ Trata-se de opinião isolada, ainda que muito respeitável.

Conclusão

Procurou-se com o presente trabalho tratar de alguns aspectos da questão da recorribilidade no processo de justificação, por ser matéria pouco discutida no seio universitário e pela relevância do tema, especialmente para os jurisdicionados da área do Direito Previdenciário, dada a escassa literatura a respeito.

Antes de tratar do ponto principal, fez-se um apanhado da evolução histórica do instituto, enfocando sua origem, natureza jurídica, finalidade e eficácia, com o fim precípuo de compreender a dinâmica da justificação judicial – instituto tão pouco valorizado pelos doutrinadores e em contrapartida tão utilizado nas causas previdenciárias.

Pelo que foi estudado, pode-se concluir que o disposto no art. 865 do Código de Processo Civil é matéria de discussão e divergência tanto entre doutrinadores como na jurisprudência dos tribunais.

Na análise do procedimento de justificação, regulado no Código de Processo Civil, nos arts. 861 a 866, constata-se que, embora destinado a justificar a existência de fato ou relação jurídica, seja no intuito de produzir documento sem caráter contencioso, seja para produzir prova em processo regular (art. 861), o juiz não faz pronunciamento sobre o mérito da prova, limitando-se a observar o cumprimento das formalidades legais (art. 866, parágrafo único). Fica o conteúdo da prova, portanto, sujeito à discussão.

O que resulta do procedimento de justificação é a produção formal e unilateral de documento relativo à situação ou à relação jurídica, que, por não permitir, no seu bojo, qualquer discussão acerca do mérito ou do conteúdo declarado, é passível de questionamento e confrontação quando da apresentação do citado documento. Assim, embora de tal procedimento resulte uma prova, não há geração de prova plena que deverá ser aceita de maneira indiscutível pelo juiz do processo regular.

Embora o Código de Processo Civil disponha que “no processo de justificação não se admite defesa nem recurso”, tanto a doutrina como a jurisprudência têm mitigado o rigor que impõe a irrecorribilidade, admitindo recursos em situações específicas, como nos casos de indeferimento da petição inicial, nos casos em que a sentença ultrapassa os limites da lei, ou seja, não apenas homologa a produção da prova como também adentra no mérito da questão, e, ainda nos casos em que questões incidentes, que dependem de decisões interlocutórias, admitem a interposição de agravo de instrumento.

Por tudo, a despeito do disposto no art. 865 do Código de Processo Civil, o certo é que cabe recurso na justificação judicial, ainda que excepcionalmente.

Notas:

¹ Disponível em www.direito.com.br/noticias.asp. Acesso em 18 mar. 2004.

² Os reinados de D. Afonso III, D. Dinis e D. Afonso IV, em Portugal, ocorreram nos períodos de 1248 a 1279, de 1279 a 1325 e de 1325 a 1357, respectivamente.

³ Reis, rainhas e presidentes de Portugal. Disponível em www.arqnet.pt/portal/portugal/temashistoria/afonso4.html. Acesso em 18 mar. 2004.

⁴ Alvará de 14 de outubro de 1766, § 5º.

⁵ Livro III, Título 61, § 8º: “*E se por parte do reo for feito semelhante requerimento, ainda que as testemunhas nam sejam velhas, nem enfermas, nem esperem ser absentes, serem perguntadas em todo caso, sendo a parte citada, pera ver como juram, em sua pessoa, ou em sua casa, e as inquirições sarradas, assy como dito he no requerimento feito por parte do autor; porque elle reo nom he certo quando lhe*

*será feita a demanda, nem está em seu poder de lhe ser feita tarde, ou cedo, e se lhe assy nam fossem perguntadas as testemunhas em todo tempo por elle requerido, poderiam falecer ao tempo da demanda feita, e assy ligeiramente pereceria seu Direito". Apud Pontes de Miranda, op. cit. p. 223, que esclarece, ainda, que a justificação sem haver o *periculum in mora* já se fazia presente nas Ordenações Afonsinas, como direito assente e codificado.*

⁶ Chamada de prova *ad perpetuam rei memoriam*, produzida por antecipação como, quando uma testemunha está gravemente enferma sem que se saiba se viverá até o momento oportuno para a produção da prova testemunhal, ou, ainda, se forem as provas de natureza transitória e que desapareçam os vestígios caso não sejam imediatamente verificados, como bem exemplifica Carreira Alvim (ALVIM, J. E. Carreira. Elementos da teoria geral do processo, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 244).

⁷ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII: arts. 796-889. 2ª ed. rev. e aum. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

⁸ *apud* Pontes de Miranda, 2003, p. 216.

⁹ Consolidação, art. 10, alínea 1ª.

¹⁰ "Artigo 861. Quem pretende justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção".

¹¹ Silva, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, volume 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 342.

¹² "Art. 735. A parte que pretender justificar, para servir de prova em processo regular, a existência de ato ou relação jurídica, deduzirá em petição circunstanciada, a sua intenção, requerendo que, provado quanto baste, com a citação dos interessados, se julgue a justificação por sentença".

¹³ Art. 866, parágrafo único: "O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais".

¹⁴ *Apud* Fadel, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Art. 1º a 1.220. Atualizados por J. E. Carreira Alvim. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 1.048.

¹⁵ Dicionário da Língua Portuguesa, II, 137, *apud* Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII: arts. 796/889. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 215.

¹⁶ Santos, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. volume 3. Procedimento especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 8ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 457.

¹⁷ Cretella Neto, José. *Dicionário de Processo Civil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 276.

¹⁸ Enciclopédia Saraiva de Direito – Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 375/377.

¹⁹ Conrado, Paulo César. *Processo cautelar e procedimentos especiais*. São Paulo: Fiúza Editores, 1998, p. 31.

²⁰ Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 471/472.

²¹ op. cit., 2000, p. 342.

²² op. cit., 2000, p. 343.

²³ op. cit., 2003, p. 216/217.

²⁴ *apud* Oliveira, C. A. Alvaro e Lacerda, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. 5ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 311, nota de rodapé 564.

²⁵ Theodoro Júnior, Humberto. *Processo cautelar*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, p. 323.

²⁶ Fadel, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Arts. 444 a 645. Tomo IV. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974, p. 290.

²⁷ Wambier, Luiz Rodrigues; Correia de Almeida, Flávio Renato; Talamini, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. volume 3. Processo cautelar e procedimentos especiais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

²⁸ Gardênia Carmelo Prado afirma que: “Quanto à natureza jurídica do instituto, doutrina pátria é uníssona ao afirmar que, embora topograficamente inserida no processo cautelar, a justificação trata-se de um procedimento especial de jurisdição graciosa (...) De uma simples leitura dos dispositivos que regem a matéria, percebemos que o processo de justificação não comporta qualquer tipo de contraditório, antes ou depois do provimento judicial que o finaliza – que possui caráter meramente homologatório”. PRADO, Gardênia Carmelo. Justificação judicial – por que mantê-la? *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*; doutrina, legislação, noticiário. Ano VII. N. 13. Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Sergipe, 1997, p. 101.

²⁹ Bofim Marins, Victor A. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889. (Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 323.

³⁰ op. cit., 1997, p. 99/100.

³¹ Entre os doutrinadores que defendem a finalidade da justificação destacam-se Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e Humberto Theodoro Júnior, entre outros.

³² op. cit., 2003, p. 215.

³³ op. cit., 2000, p. 342.

³⁴ op. cit., *Processo cautelar*, 1999, p. 323.

³⁵ Aliás, é este o conteúdo do art. 861 do CPC: “Quem pretende justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá em petição circunstanciada, a sua intenção” (grifei).

³⁶ Queiroz, Ari Ferreira de. *Direito Processual Civil*: processo de execução e do processo cautelar. 3ª ed. rev., ampl. e atual. até junho de 1997. Goiânia: Editora Jurídica, 1997, p. 315.

³⁷ Teixeira Filho, Manoel Antônio. *Cadernos de Processo Civil*: processo cautelar, medidas cautelares específicas, 31: volume III. São Paulo: LTr, 2000, p. 8.

³⁸ Santos, Ulderico Pires do. *Medidas cautelares*. Doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Paumape, 1990, p. 296.

³⁹ Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. CC 4.383-8/RJ. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Data do julgamento: 14/12/90. RSTJ 33/369.

⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. CC 660/DF. Relator Ministro Athos Carneiro. RSTJ 33/336.

⁴¹ TAMG. 2ª Câmara. Apelação 14.386. Relator Juiz Aníbal Pacheco. Data do julgamento 29/06/2005. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 4, abr. 2005

79. RT 538/217. *Apud* Miranda, Darcy Arruda; Miranda Júnior, Darcy Arruda; Kulgelmas, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais*, arts. 646 a 887. Brasiliense coleções, p. 3.994.

⁴² TJSP. 2ª Câmara Cível. Apelação 254.386. Relator Desembargador Teixeira de Andrade. Data de julgamento: 11/11/76. JB 19/339. *Apud* Miranda, Darcy Arruda; Miranda Júnior, Darcy Arruda; Kulgelmas, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais*, arts. 646 a 887. Brasiliense coleções, p. 3.996.

⁴³ TJSP. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 269.578. Relator Desembargador Roberto Rodrigues. Data de julgamento: 09/11/78. RT 530/108. *Apud* Miranda, Darcy Arruda; Miranda Júnior, Darcy Arruda; Kulgelmas, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais*, arts. 646 a 887. Brasiliense coleções, p. 3.997.

⁴⁴ Acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, já decidiu que “*justificação não tem o caráter de documento público a que se refere a Constituição Federal, como também não tem esse caráter a apreciação e aceitação dela por alguma autoridade pública*” (RT, 271/225).

⁴⁵ Oliveira, Carlos Alberto Alvaro e Lacerda, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*; Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII, tomo II, arts. 813 a 889. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 267.

⁴⁶ *Apud* Oliveira, Carlos Alberto Alvaro e Lacerda, Galeno, 1991, p. 267.

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 84.080/SP. Relator Ministro Moreira Alves. Data do julgamento: 06/04/76. RTJ, 79/307.

⁴⁸ Alvim, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 227.

⁴⁹ op. cit., 2003, p. 216.

⁵⁰ op. cit., 2001, p. 310.

⁵¹ op. cit., 2000, p. 342.

⁵² op. cit., 1974, p. 289.

⁵³ op. cit., 1974, p. 289.

⁵⁴ op. cit., *Processo cautelar*, 1999, p. 324.

⁵⁵ op. cit., 2000, p. 343.

⁵⁶ *apud* Ovídio Batista, op. cit., 2000, p. 346.

⁵⁷ op. cit., 2000, p. 322.

⁵⁸ Prata, Édson. Da justificação. *Revista dos Tribunais*, ano 79. 1990, v. 662, p. 18.

⁵⁹ op. cit., 1997, p. 102/103.

⁶⁰ Gardênia Prado alerta que, na prática, o processo administrativo é muito mais vulnerável aos atos administrativos, mudando ao sabor da conveniência e necessidades da administração sem, muitas vezes, atender aos interesses públicos.

⁶¹ op. cit., 1997, p. 103.

⁶² op. cit., 1997, p. 103.

⁶³ Art. 866, parágrafo único, CPC: “*O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais*”.

⁶⁴ Pontes de Miranda, op. cit., 2003, p. 217, *in verbis*: “A eficácia da ‘sentença’ na justificação é limitada à pretensão a provar, ou a assegurar a prova, sem a utilização dessa eficácia em enunciado de mérito de outra ação.”

⁶⁵ Carvalho Santos, J. M. e outros. *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Vol. XXXI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, p. 12/13.

⁶⁶ op. cit., 2000, p. 332/333.

⁶⁷ op. cit., *Processo cautelar*, 1999, p. 326.

⁶⁸ op. cit., 2001, p. 322.

⁶⁹ op. cit., 1990, p. 20.

⁷⁰ op. cit., 2003, p. 226.

⁷¹ op. cit., 2003, p. 226, grifei.

⁷² op. cit., 2003, p. 231.

⁷³ op. cit., 2003, p. 231.

⁷⁴ op. cit., *Processo*, 1999, p. 325.

⁷⁵ op. cit., *Processo*, 1999, p. 326.

⁷⁶ op. cit., 2002, p. 106.

⁷⁷ Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 1ª ed. Desafio Cultural Editora, p. 171, sem o grifo no original.

⁷⁸ op. cit., 1990, p. 298/299.

⁷⁹ Campos, Antônio Macedo. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1997, p. 74.

⁸⁰ Basan, Pedro Mudrey. *Medidas cautelares: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. 3ª ed. rev., atual. ampl. Bauru/ SP: Edipro, 1993, p. 58/60.

⁸¹ O autor, porém, alerta para a possibilidade de interposição de correção parcial ou mesmo de mandado de segurança contra ato da autoridade judicial, em vez de renovar o pedido.

⁸² Santos, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume 3. Procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 8ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 457/460, sem o grifo no original.

⁸³ Fadel, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Artigos 1º a 1.220. Atualizado por J. E. Carreira Alvim. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 1.052, sem o grifo no original.

⁸⁴ op. cit., 2004, p. 1.052.

⁸⁵ op. cit., 2004, p. 1.052.

⁸⁶ op. cit., 2004, p. 1.052.

⁸⁷ Tribunal Federal de Recursos. 3ª Turma. Relator Ministro José Neri da Silveira. AC 28.709. Data do julgamento: 17/03/71. Publicado no *DJ* de 06/12/71:

⁸⁸ Burnier Júnior, João Penido. *Do processo cautelar*. São Paulo: Interlex, 2002, p. 366.

⁸⁹ *In verbis*: “Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

- ⁹⁰ TJPR, 2ª Câmara Cível, Apelação 6.688, Rel. Des. Negi Calixto, julgado em 22/02/88.
- ⁹¹ Teixeira, Elza Spanó. *Código de Processo Civil*. Comentários. Jurisprudência. São Paulo: Editora LTr, p. 451.
- ⁹² op. cit., 2000, p. 331.
- ⁹³ *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas de Theotonio Negrão, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 35ª ed., atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 840.
- ⁹⁴ Conforme dispõe o art. 866 do Código de Processo Civil.
- ⁹⁵ op. cit., 1991, p. 275.
- ⁹⁶ op. cit., 1991, p. 275.
- ⁹⁷ Alvaro de Oliveira, C. A. e Lacerda, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Lei 5.689, de 11 de janeiro de 1973). Vol. VIII. (Arts. 813 a 889). Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: 2001, p. 323.
- ⁹⁸ Machado, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil anotado jurisprudencialmente*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1.019, sem o grifo no original.
- ⁹⁹ op. cit., 1996, p. 1.019.
- ¹⁰⁰ op. cit., p. 331.
- ¹⁰¹ Paula, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Volume 3 – arts. 566 a 889. Do processo de execução e do processo cautelar. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 3.373/3.380.
- ¹⁰² “Justificação. Indeferimento da inicial. O art. 865 do CPC, que dispõe que no processo de justificação não se admite defesa nem recurso, não se aplica à hipótese de indeferimento da inicial. Tal provimento judicial é apelável. União estável: justificação de sua existência. Possibilidade. Apelação conhecida e provida”. JRGS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 592035182. Data do julgamento: 16/09/92. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, 157, p. 291, sem o grifo no original.
- ¹⁰³ TJRGS. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Alceu Binato de Moraes. Apelação Cível 592035182. Data do julgamento: 16/09/92. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, 157, p. 291.
- ¹⁰⁴ op. cit., *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, 157, p. 292.
- ¹⁰⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara Cível. Relator Desembargador Laerte Nordi. Apelação 139.811-2. Data do julgamento: 02/03/89. *Revista dos Tribunais*, ano 78, abril de 1989, v. 642, p. 128/130.
- ¹⁰⁶ Tribunal Federal de Recursos. 3ª Turma. Relator Ministro Nilson Naves. AC 91.910/SP. Data do julgamento: 09/06/87. *DJ* 05/11/87 *apud* Negrão, Theotonio. op.cit., p. 617.
- ¹⁰⁷ TJDF. 3ª Turma Cível. Relator Desembargador José de Campos Amaral. Apelação Cível 91.448. Data do julgamento: 18/11/96. *DJ* 26/02/97, sem o grifo no original.
- ¹⁰⁸ TJMG. 1ª Câmara. Relator Desembargador Freitas Barbosa. AC 79.443-1. Data do julgamento: 25/04/89, sem grifos no original.
- ¹⁰⁹ RT, 642:128 *apud* Machado, Antônio Cláudio da Costa. op. cit., p. 1.019, sem grifos no original.

¹¹⁰ TJSP. 11ª Câmara. Relator Desembargador Laerte Nórdi. Apelação 139.881-2. Data do julgamento: 02/03/89. RT642/129 apud Friede, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei 5.869, de 11/01/73. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, sem grifos no original.

¹¹¹ Friede, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei 5.869, de 11/01/73. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 2.971.

¹¹² op. cit., 1998, p. 2.971.

¹¹³ Alvaro de Oliveira, C.A. e Galeno Lacerda. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Vol. VIII (Arts. 813 a 889). Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª ed. revista e atualizada, 2001, p. 322/325.

¹¹⁴ op. cit., 1996, p. 1.019.

¹¹⁵ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 1ª Turma Suplementar. Relator convocado Juiz José Henrique Guaracy Rebelo. *Apelação Cível 94.01.34207-5/MG*. Data do julgamento: 30/10/01.

¹¹⁶ Queiroz, Ari Ferreira de. *Direito Processual Civil*: processo de execução e do processo cautelar. 3ª ed. rev. e ampl. até junho de 1997. Goiânia: Editora Jurídica, 1997, p. 318. Quissum itius cii ses hil terorum sullegi tissoltus, percepo untris; norum actumus idendement. Quam pra terunum

Referências Bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BASAN, Pedro Mudrey. *Medidas cautelares: doutrina, legislação, prática, jurisprudência*. 3ª ed. rev., atual., ampl. Bauru/ SP: Edipro, 1993.

BOMFIM MARINS, Victor A. A. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889*. (Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Do processo cautelar*. São Paulo: Interlex, 2002.

BORTOLAI, Edson Cosac. *Manual de prática forense civil*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas de Theotonio Negrão, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 35ª ed., atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMPOS, Antônio Macedo. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1997.

CARVALHO SANTOS, J. M. e outros. *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Vol. XXXI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

CONRADO, Paulo César. *Processo cautelar e procedimentos especiais*. São Paulo: Fiúza Editores, 1998.

CRETELLA NETO, José. *Dicionário de processo civil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Enciclopédia Saraiva de Direito – Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado. Arts. 444 a 645. Tomo IV*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. Artigos 1º a 1.220. Atualizado por J. E. Carreira Alvim. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FRIEDE, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11/01/73*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUIMARÃES, Acelino Pedro. *Da jurisdição e das ações acautelatórias específicas*. São Paulo: LEUD – Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1997.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo cautelar*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento. Volume I. 38ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil anotado jurisprudencialmente*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Darcy Arruda; MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda; KUGELMAS, Alfredo Luiz. *Código de Processo Civil nos tribunais, arts. 646 a 887*. Brasiliense coleções.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII: arts. 796-889*. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2.003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro e LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil; Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*,

volume VIII, tomo II, arts. 813 a 889. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII (arts. 813 a 889). Tomo II. 5ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PARIZATO, João Roberto. *Do processo cautelar*. Artigo por artigo. Doutrina, Jurisprudência, Prática Forense. Ouro Fino/ MG: Edipa editora e distribuidora de livros, 1999.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. Volume 3 – arts. 566 a 889. Do processo de execução e do processo cautelar. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Gardênia Carmelo. Justificação judicial – por que mantê-la? *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*; doutrina, legislação, noticiário. Ano VII. N. 13. Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Sergipe, 1997.

PRATA, Édson. Da justificação. *Revista dos Tribunais*, ano 79. 1990, v. 662.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito Processual Civil: processo de execução e do processo cautelar*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. até junho de 1997. Goiânia: Editora Jurídica, 1997.

Reis, rainhas e presidentes de Portugal. Disponível em www.arqnet.pt/portugal/temashistoria/afonso4.html. Acesso em 18 mar.2004.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, n. 157, abril/1993, ano XXVIII.

Revista dos Tribunais. Ano 78, abril de 1989, v. 642. Publicação oficial do Tribunal de Justiça, Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo; dos Tribunais de Justiça do Paraná, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Goiás e dos Tribunais de Alçada de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Alçada Civil do Rio de Janeiro.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. volume 3. Procedimento especiais codificados e da

- legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 8ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Ulderico Pires do. *Medidas cautelares*. Doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Paumape, 1990.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, volume 3. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- TEIXEIRA, Elza Spanó. *Código de Processo Civil*. Comentários. Jurisprudência. São Paulo: Editora LTr.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos de Processo Civil: processo cautelar, medidas cautelares específicas*, 31: volume III. São Paulo: LTr, 2000.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VIEIRA, Cristiane Maria. *Medidas cautelares e procedimentos especiais*. 1ª ed. Desafio Cultural Editora.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. volume 3. Processo cautelar e procedimentos especiais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Tópicos Jurídicos

Existe Crime Tributário?

Elcio Arruda*

A indagação encimada decorre da quotidiana atuação na seara criminal. Neste terreno, os mecanismos paulatinamente engendrados com vistas à *descriminalização tributária* parecem colocar em xeque a própria legitimidade da tipificação penal.

Num primeiro lance, forçoso meditar sobre o adimplemento do débito, a vista ou parceladamente, dotado de força extintiva de punibilidade.

Impõe-se uma digressão.

O primitivo diploma legal a cuidar do crime de sonegação fiscal, Lei 4.729, de 14/07/65, no art. 2º, dotava o pagamento do tributo de eficácia extintiva de punibilidade, contanto que efetuado antes de se deflagrar a *ação fiscal*¹. O Decreto-Lei 1.069, de 21/10/69, no art. 5º, alargou o espectro de incidência da descriminalização, na medida em que o adimplemento passou a ser tolerado até a decisão administrativa de primeira instância e a punibilidade fenecia se o sujeito ativo

* Mestre em Direito, professor de Direito Penal e Processual Penal, juiz do Juizado Especial Federal.